



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Rezension von: Knut Werner Lange, Diethelm Klippel, Ansgar Ohly (Hrsg.).
Geistiges Eigentum und Wettbewerb (Tübingen, 2009)**

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-56152>
Journal Article

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2011). Rezension von: Knut Werner Lange, Diethelm Klippel, Ansgar Ohly (Hrsg.). Geistiges Eigentum und Wettbewerb (Tübingen, 2009). UFITA: Archiv für Urheber- und Medienrecht, 12(3):803-807.

Knut Werner Lange, Diethelm Klippel, Ansgar Ohly (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Wettbewerb (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, Band 26) – Tübingen: Mohr Siebeck 2009. 195 S. + X, ISBN 978-3-16-150004-6

Der Sammelband dokumentiert eine Ringvorlesung, die im Rahmen des Bayreuther Graduiertenkollegs "Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit" veranstaltet wurde. Die Schnittstelle zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Lauterkeits- und Kartellrecht) wird aus verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet und auf das ökonomische und verfassungsrechtliche Fundament gestellt. *Schmidtchen* macht deutlich, dass sich die Wirtschaftswissenschaften nicht für die simplifizierende These herhalten lassen, nach der es dem Kartellrecht nur um Optimierung statischer Effizienz gehe, während das Recht des geistigen Eigentums langfristige Innovationsanreize sichere. Die Arbeitsteilung zwischen beiden Rechtsgebieten sei vielmehr die folgende: Immaterialgüterrecht habe private Rechte in einer Weise zu konstituieren, dass es über den Markt zu optimaler Entlohnung und Wissensverbreitung komme. Das Kartellrecht habe das Funktionieren der Märkte zu überwachen; es sei zu verhindern, dass Immaterialgüterrechte zur Hervorbringung oder Erhaltung übermäßiger Marktmacht eingesetzt werden. "Restriktive" Marktmacht definiert der Verfasser als solche, die von Funktion und Ziel der Immaterialgüterrechte nicht gedeckt ist. Mit seiner Arbeitsteilungsthese schließt er sich auf ökonomischer Basis denjenigen an, welche das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsgebieten nicht als konfliktiv, sondern als komplementär oder symbiotisch beschreiben. *Möschel* warnt davor, das Recht des geistigen Eigentums in Richtung auf einen allgemeinen Schutz von Investitionen weiterzuentwickeln, wie es z.B. beim Datenbankschutz geschehen sei. Kritisch zu sehen sei auch der Designschutz für Kfz-Ersatzteile. Er kritisiert Schutzrechtsexzesse im US-amerikanischen Patentrecht, die er am Absinken der Schutzvoraussetzungen und Mängeln des Erteilungsverfahrens fest macht, und warnt vor kooperativen Strategien z.B. im IT-Sektor. Auch wenn aus den allgemeinen Ansätzen zur Rechtfertigung des geistigen Eigentums keine konkreten Schlussfolgerungen gezogen werden könnten, so lasse sich empirischen Studien eine differenzierte Antwort zum Stellenwert von Schutzrechten in einzelnen Branchen entnehmen. Insgesamt lasse sich ein "schwach positive[r] Beitrag des Patentsystems zur Beförderung von Innovationen" erkennen. *Grzeszick* lotet die verfassungsrechtliche Perspektive aus, insbesondere die Konsequenzen, die sich aus der Qualifikation der Immaterialgüterrechte als grundrechtlich geschütztes Eigentum ergeben. Die Gemeinwohlbindung des Eigentums erlaube es, Ausschlussrechte, nicht aber die Vergütungsansprüche einzuschränken. Die Zielsetzungen des Immaterialgüter-schutzes und des Wettbewerbs seien in die erforderlichen Abwägungsvorgänge einzubringen. Ein einheitliches Ergebnis sei hier nicht zu erzielen; vielmehr sei eine Differenzierung nach Schutzrecht und Zusammenhang erforderlich. Einschlägig sei nicht lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern die Berufsfreiheit. Eingriff könnten durch das Ziel einer Lenkung des Wettbewerbs vom Imitations- zum Innovationswettbewerb gerechtfertigt werden. Zurückhaltend beurteilt der Verfasser die Frage, inwieweit Wettbewerber durch die Berufsfreiheit gegen fremde Immaterialgüterrechte geschützt sein können. Das Problem könne aber vorerst offen bleiben, da der Wettbewerbsgedanke über die Gemeinwohlbindung in die Eigentumsfreiheit einfließe. *Leschke* untersucht am Beispiel der Versorgung von Entwicklungsländern mit HIV-Medikamenten die Frage, ob der Patentschutz für Pharmazeutika möglicherweise zu weit geraten ist und empfiehlt die Einsetzung einer Kommission, die sich des Themas näher annehmen soll. Eindrucksvoll illustriert er die Dimension des Problems und macht deutlich, dass immaterialgüterrechtliche Fragen nur ein (wenn auch bedeutendes) Teilelement für eine allgemeine Strategie zur Bekämpfung der Pandemie bilden.

Drei Beiträge befassen sich mit dem Verhältnis von Geistigem Eigentum und Lauterkeitsrecht. *Pahlow* zeichnet die historische Entwicklung des Neben- und Miteinander von Marken- und Wettbewerbsrecht nach. Durch das Markengesetz 1995 sieht er "eine in sich geschlossene, eigenständige Ordnung des Kennzeichenrechts" erreicht. Markenrecht sei deshalb nicht mehr Teil des Wettbewerbsrechts, diesem komme seitdem keine "Schrittmacherfunktion" (*Fikentscher*) mehr für den Kennzeichenschutz zu. Allerdings führe das liberalisierte und europäisierte UWG aus dem Jahr 2004 wieder zu einer stärkeren Verschränkung, da insbesondere auch der Stellenwert des "ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes" seitdem intensiv diskutiert werde. *Köhler* setzt an dieser Stelle an und vertritt die These vom Gleichrang von Geistigem Eigentum und Wettbewerbsrecht, die er auf die unterschiedlichen Schutzzwecke, die unterschiedlichen Tatbestände und die unterschiedlichen Rechtsfolgen stützt. Wertungswidersprüche seien im Wege der Auslegung auszuräumen. Die Nachahmungstatbestände des UWG seien als Irreführungs- oder Behinderungstatbestände zu deuten. Vom Begriff des "ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes" sei wegen des Gleichrangs von UWG und Ausschlussrechten Abstand zu nehmen; ein Grundsatz der Nachahmungsfreiheit existiere nicht. Die parallele Existenz markenrechtlicher Ansprüche schließe lauterkeitsrechtliche Ansprüche nicht aus. Der Verfasser stützt sich u.a. auf die EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Demgegenüber plädiert *Ohly* für eine strikte Subsidiarität des Lauterkeitsrechts gegenüber den Rechten des geistigen Eigentums und stellt dem Nachahmungsschutz die Wettbewerbsfreiheit entgegen. Es gelte, lauterkeitsrechtliche Aspekte stärker vom immaterialgüterrechtlichen Leistungsschutz zu trennen. Er spricht sich für den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit aus und macht die unterschiedlichen Wertungen deutlich, die beispielsweise das nachahmungsfreundliche *common law* vom schutzfreundlichen französischen Recht unterscheiden. In Deutschland sei für einen auf verbraucherschutzrechtliche Erwägungen gestützten wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Nachahmungen (§ 4 Nr. 9 lit. a UWG) neben dem Markenrecht kein Raum, da hier (im Gegensatz zu zahlreichen anderen EU-Mitgliedstaaten) auch Schutz für nicht eingetragene Marken zur Verfügung stehe.

Die weiteren Beiträge beschäftigen sich mit den Bezügen des Kartellrechts zum Recht des geistigen Eigentums. *Lange* untersucht den *Microsoft*-Fall, der wegen der Softwareschnittstellenproblematik einen starken immaterialgüterrechtlichen Bezug hat. Ein wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang ist die Frage nach dem Stellenwert der *new product rule* für kartellrechtliche Zwangslizenzen. Seit dem *Magill*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 1995 wird die Frage diskutiert, ob die *Magill*-Kriterien (Verhinderung eines neuen Produkts, Ausschluss jeden Wettbewerbs auf einem abgeleiteten Markt sowie die Abwesenheit einer objektiven Rechtfertigung) kumulativen Charakter haben, oder ob die beiden zuerst genannten Kriterien alternativ zu verstehen sind. Diese Diskussion hat sich auch durch das *IMS Health*-Urteil (2004) nicht beruhigt, da hier nur scheinbar eine Klärung erfolgt ist. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass die Verhinderung eines neuen Produkts nur ein (nicht abschließendes) Beispiel für das Vorliegen eines Missbrauchs ist. Das *Microsoft*-Urteil des EuG lässt sich ebenfalls in diese Richtung deuten (s. Tz. 332 und 336 der Entscheidung). Jedenfalls werden an die Verhinderung eines neuen Produkts keine hohen Anforderungen gestellt. Eine Einschränkung der technischen Entwicklung i.S.v. Art. 102 lit. b AEUV liegt nach Auffassung von Kommission und Gericht vor, da die Konkurrenzprodukte aufgrund ihrer größeren Verlässlichkeit und Anwendungssicherheit bevorzugt würden. *Lange* steht dieser Argumentation kritisch gegenüber und sieht die Gefahr der begrifflichen Aufweichung und der Rechtsunsicherheit. Auch wenn man demgegenüber auf den Wortlaut des Art. 102 lit. b AEUV verweisen kann, der Qualitätseinbußen in Form von technologischer Rückständigkeit der missbräuchlichen Leistungseinschränkung zuordnet, liegt nach Auffassung des Rezensenten das eigentliche

Problem an anderer Stelle: Die Grundsatzfrage ist zu beantworten, in welchem Umfang dem Schutzrechtsinhaber Märkte (nah oder fern) zuzuweisen sind, auf die er aufgrund seines Schutzrechts Einfluss nehmen kann. Keinesfalls folgt aus einem Immaterialgüterrecht die unbeschränkte Befugnis, die hieraus (möglicherweise) erwachsende Marktmacht zur Eroberung aller tangierten Märkte einzusetzen, wenn der Schutzrechtsinhaber nur bereit und dazu in der Lage ist, diese Märkte dann auch zu bedienen, so dass er neue Produkte nicht verhindert. Vielmehr sollten die allgemeinen Regeln über den Hebelmissbrauch gelten, in deren Anwendung die immaterialgüterrechtlichen Wertungen einzubringen sind.

Eines der momentan meistdiskutierten Probleme im Grenzbereich von Kartell- und Immaterialgüterrecht sind Schutzrechtsstrategien im Umfeld der Normung. *Fuchs* arbeitet die ökonomischen Hintergründe der Standardisierung heraus und analysiert die kartellrechtlichen Vorgaben. Der ökonomische Ausgangspunkt, dass Immaterialgüterrechte zwar den Imitationswettbewerb ausschließen, aber den Innovationswettbewerb fördern, gelte hier häufig nicht, da Netzwerkeffekte zum *lock in* führen und dadurch auch den Spielraum für Innovationswettbewerb einschränken. Daneben bestehe die Gefahr von Kollusion und Marktabstimmung. *Fuchs* untersucht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Zugang zu proprietären *de facto*-Standards. Zwar unterstreicht er die Rolle des *new product*-Kriteriums, hält es aber für möglich, auf dieses Erfordernis zu verzichten, soweit es um komplementäre, auf Interoperabilität angewiesene Produkte auf abgeleiteten Märkten geht. Zur Vermeidung überhöhter Entgeltforderungen spricht er sich für eine Verhandlung der Lizenzgebühren auf FRAND-Basis im Vorfeld aus. In Bezug auf das Phänomen des Patenthinterhalts untersucht er die Schwierigkeiten, die sich aus der fehlenden zeitlichen Kongruenz von Marktbeherrschung und Missbrauch ergeben, und verweist auf die Möglichkeit, die Nichtoffenlegung einschlägiger Schutzrechte als Indiz für einen Preismissbrauch heranzuziehen. *Miersch* untersucht schließlich die kartellrechtlichen Grenzen, die Gebietsbeschränkungen im Binnenmarkt beim Musikvertrieb gesetzt sind, und unterscheidet hierfür zwischen dem Verkauf physischer Datenträger und dem Online-Vertrieb. Obwohl eine parallele Beurteilung wünschenswert wäre, haben sich unterschiedliche Vorgaben entwickelt. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Gebietsschutzregeln in Bezug auf den freien Warenverkehr entworfen wurden, im Bereich der Dienstleistungen dagegen unklar sind (s. aber nun den Schlussantrag der Generalanwältin in den verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, in dem sie die Grundsätze über absoluten Gebietsschutz auf die Dienstleistungsfreiheit überträgt). Der Verfasser stellt verschiedene Optionen zur Diskussion, welche die Diskrepanz zwischen traditionellem Vertrieb und den neuen Online-Möglichkeiten überwinden könnten. Der Band zeigt eindrucksvoll, dass das Forschungsgebiet "Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht" keine Modeerscheinung ist, sondern grundlegende Fragen der Rechts- und Wirtschaftsordnung aufwirft, die ständig neu zu deklinieren sind. Der Band beschränkt sich zudem nicht auf das Verhältnis von Geistigem Eigentum und Kartellrecht, sondern bezieht das Lauterkeitsrecht ein, eine Perspektive, die in der internationalen Diskussion häufig fehlt. Anhand zahlreicher Spezialprobleme wird die imponierende Fülle von Fragestellungen, die sich im Schnittbereich der genannten Rechtsgebiete auftun, veranschaulicht; viele von ihnen werden kontrovers diskutiert. Die einzelnen Anwendungsprobleme werden durchweg als *pars pro toto* angegangen, so dass der Gesamtzusammenhang stets durchscheint. Da zudem die ökonomischen, verfassungsrechtlichen, historischen und rechtsvergleichenden Bezüge hergestellt werden, ist eine Sammlung von großem Tiefgang und hoher Repräsentativität gelungen.